BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZB 36/07

vom

19. Juli 2007

in dem Verfahren auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

InsO § 17

a) Eine Forderung ist in der Regel dann im Sinne von § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt.

b) Forderungen, deren Gläubiger sich für die Zeit vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden erklärt haben, sind bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht zu berücksichtigen.

BGH, Beschluss vom 19. Juli 2007 - IX ZB 36/07 - LG Hannover
AG Hannover

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gero Fischer, die Richter Dr. Ganter und Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Detlev Fischer

am 19. Juli 2007
beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Schuldners wird der Beschluss der 20. Zivilkammer des Landgerichts Hannover vom 16. Januar 2007 im Kostenpunkt sowie insoweit aufgehoben, als die sofortige Beschwerde des Schuldners gegen den Eröffnungsbeschluss vom 13. Oktober 2006 zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Entscheidung - auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens - an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Die Vollziehung des Eröffnungsbeschlusses des Amtsgerichts Hannover vom 13. Oktober 2006 wird bis zur erneuten Entscheidung des Beschwerdegerichts ausgesetzt.

Der Gegenstandswert des Verfahrens der Rechtsbeschwerde wird auf 80.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Der Schuldner und Rechtsbeschwerdeführer ist selbständiger Friseurmeister, der vier Filialen betrieb und möglicherweise noch betreibt. Mit Schreiben vom 12. Juli 2006 beantragte das zuständige Finanzamt Hannover-Land II wegen rückständiger Abgabenforderungen - Lohn-, Einkommen- und Umsatzsteuer - von insgesamt 77.485,82 Euro die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners. Mit Schreiben vom 20. Juli 2006 stellte auch die IKK wegen eines Betrages von 3.284,80 Euro Insolvenzantrag. Der Schuldner wurde angehört. Er erklärte, eine Einigung mit dem Finanzamt und die Begleichung der Rückstände stehe kurz bevor. Am 8. September 2006 wurde der weitere Beteiligte in dem durch den Antrag der IKK eingeleiteten Eröffnungsverfahren zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt. Am 12. September 2006 teilte der Schuldner mit, er habe sich mit der Finanzverwaltung auf einen Betrag von 48.000 Euro geeinigt, der noch im Laufe der Woche überwiesen werde. Die Rückstände bei der IKK seien teilweise bezahlt; der Restbetrag von 2.284 Euro werde ebenfalls kurzfristig beglichen.

2 Am 15. September 2006 erklärte die IKK ihren Antrag für erledigt, weil die dem Antrag zugrunde liegende Forderung erfüllt worden sei. Der Schuldner schloss sich der Erledigungserklärung an und erklärte, auch der für das Finanzamt bestimmte Vergleichsbetrag sei mittlerweile überwiesen worden. Am 27. September 2006 wurde die vorläufige Insolvenzverwaltung deshalb aufgehoben.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

3 Ebenfalls mit Beschluss vom 27. September 2006 wurde der weitere Beteiligte in dem durch den Antrag des Finanzamts eingeleiteten Eröffnungsverfahren zum vorläufigen Verwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt und mit der Erstattung eines Gutachtens über das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes, die Deckung der Verfahrenskosten sowie die Aussichten einer Fortführung des Unternehmens beauftragt. Am 13. Oktober 2006 um 10.21 Uhr ging das Gutachten ein. In dem Gutachten heißt es, die Eröffnungsvoraussetzungen lägen vor und die Verfahrenskosten seien gedeckt. Der Schuldner versuche jedoch, die offenen Forderungen durch den Verkauf einer im Eigentum seiner Ehefrau stehenden Eigentumswohnung zu begleichen. Auch ein befreundeter Nachbar stelle nach Angaben des Schuldners Mittel zur Verfügung. Dadurch sei eine Schädigung anderer Gläubiger zu befürchten. Am 13. Oktober 2006 um 11.19 Uhr wurde das Insolvenzverfahren eröffnet; der weitere Beteiligte wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Schriftsatz vom 13. Oktober 2006, beim Insolvenzgericht eingegangen per Fax am 16. Oktober 2006 und im Original am 19. Oktober 2006, erklärte das Finanzamt Hannover-Land II den Eröffnungsantrag für erledigt.

4 Der Schuldner rügte, dass ihm kein rechtliches Gehör gewährt worden sei, und bat um Übersendung des Gutachtens. Seine sofortige Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss ist erfolglos geblieben. Mit seiner Rechtsbeschwerde will er weiterhin die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses, hilfsweise die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht erreichen. Er beantragt, die Vollziehung des Eröffnungsbeschlusses bis zur Entscheidung des Beschwerdegerichts auszusetzen. Der weitere Beteiligte beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

II.

5 Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

6 1. Das Landgericht hat den Schuldner für zahlungsunfähig gehalten. Aktiva von 34.581,39 Euro stünden fällige Verbindlichkeiten von insgesamt 208.657,95 Euro gegenüber. Soweit der Schuldner meine, die Mietforderungen seiner Ehefrau in Höhe von 142.418,30 Euro, das Privatdarlehen von 48.000 Euro und die Honorarforderung der Steuerberaterin von 28.749,47 Euro seien nicht zu berücksichtigen, treffe dies aus Rechtsgründen nicht zu. Zwar seien gestundete Forderungen nicht zu berücksichtigen. Stundungsvereinbarungen habe der Schuldner jedoch nicht vorgelegt. Bei den Aktiva könne das Immobilienvermögen des Schuldners nicht einbezogen werden, weil offen sei, ob, wann und zu welchem Preis dieses veräußert werden könne.

7 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die bisherigen Feststellungen tragen den Schluss auf das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes nicht.

8 a) Allgemeiner Eröffnungsgrund ist die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 1 InsO). Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er wegen eines objektiven, kurzfristig nicht zu behebenden Mangels an Zahlungsmitteln nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen (vgl. § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO).

9 b) Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen hatte der Schuldner im Zeitpunkt der Eröffnung nur insolvenzrechtlich zu berücksichtigende Verbind-

lichkeiten in Höhe von insgesamt 46.311,02 Euro, nicht, wie das Beschwerdegericht angenommen hat, von 280.657,95 Euro.

10 aa) Der Honoraranspruch der Steuerberaterin in Höhe von 28.749,47 Euro war im Zeitpunkt der Eröffnung, auf den es ankommt (vgl. BGH, Beschl. v. 27. Juli 2006 - IX ZB 204/04, NZI 2006, 693 f, z.V.b. in BGHZ 169, 17) nicht im Sinne von § 17 Abs. 2 InsO fällig.

11 (1) Nach Darstellung des Schuldners war zwischen ihm und der Steuerberaterin vereinbart worden, dass er zahlen oder Forderungen abtreten sollte, wie es ihm jeweils möglich war. Die Steuerberaterin verzichtete auf Mahnungen; die jeweilige Restforderung wurde mit 8 % (bei bankmäßiger Berechnung) verzinst. Das Beschwerdegericht hat diesen Vortrag für unerheblich gehalten, weil keine echte Stundung vorgelegen habe. Das vorgelegte Schreiben der Steuerberaterin bestätige gerade, dass der Schuldner seine Verbindlichkeiten nicht begleichen könne.

12 (2) Im allgemeinen Zivilrecht wird mit "Fälligkeit" derjenige Zeitpunkt bezeichnet, von dem ab der Gläubiger die Leistung fordern kann. Ob dies auch für § 17 Abs. 2 InsO gilt, ist in der Literatur umstritten und höchstrichterlich noch nicht geklärt. Der Wortlaut des § 17 Abs. 2 InsO scheint eindeutig zu sein. Zweifel an der Maßgeblichkeit des zivilrechtlichen Begriffs der Fälligkeit auch für die Vorschrift des § 17 Abs. 2 InsO folgen jedoch aus der unterschiedlichen Funktion, den die "Fälligkeit" einer Forderung im jeweiligen Regelungszusammenhang erfüllt. Zivilrechtlich ist die Fälligkeit einer Forderung Voraussetzung für den Schuldnerverzug und die Erhebung der Leistungsklage sowie Anknüpfung für den Verjährungsbeginn (Bamberger/Roth/Grüneberg, BGB § 271 Rn. 2). Insolvenzrechtlich geht es demgegenüber um den Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit

des Schuldners, von dem an der Übergang von der Einzelzwangsvollstreckung zur Gesamtvollstreckung zu erfolgen hat. Das Vermögen des Schuldners, das nicht zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht, soll im Rahmen eines geordneten Verfahrens gleichmäßig unter diese verteilt werden, um einen weiteren "Wettlauf der Gläubiger" im Rahmen der vom Prioritätsprinzip geprägten Einzelzwangsvollstreckung zu verhindern. Ob dieser Zeitpunkt gekommen ist, hängt nicht notwendig allein von der Frage ab, in welchem Umfang die Gläubiger des Schuldners Zahlungen verlangen können. Die Frage, ob die Zahlungen tatsächlich eingefordert werden, ist nicht von vornherein unerheblich.

13 Der Gesetzgeber der Konkursordnung wollte mit der Einführung des Begriffs der "Zahlungsunfähigkeit" - im Unterschied zu demjenigen der Vermögensunzulänglichkeit - den Schuldner vor einer voreiligen Eröffnung des Konkursverfahrens schützen, aber auch den berechtigten Interessen der Gläubiger an einer Befriedigung ihrer Forderungen Rechnung tragen:

> "So lange derselbe (= der Gemeinschuldner) seinen Verbindlichkeiten nachkommt, hat Niemand das Recht, in seine Verhältnisse sich einzudrängen, ihn aus dem Besitz zu setzen und seine produktive Tätigkeit zu unterbrechen, möchte auch bei gleichzeitigem Andrängen aller Gläubiger sein Vermögen zur vollständigen Befriedigung derselben nicht ausreichen. Ein solches Vorgehen würde ein Unrecht gegen den Schuldner enthalten, der verlangen kann, dass vor eingetretenem Zahlungsverzuge ihm nicht die Möglichkeit genommen werde, seine Lage zu verbessern und das materiell vorhandene Defizit auszugleichen. Bei der großen Empfindlichkeit des Kredits und dem engen Ineinandergreifen der heutigen Verkehrsbeziehungen würden dadurch nicht nur der Gemeinschuldner, sondern in den meisten Fällen auch Andere ohne Grund und ohne Nutzen der Gefahr finanziellen Ruins ausgesetzt werden. Umgekehrt aber und zweitens kann den andringenden Gläubigern nicht damit gedient sein, dass ihr Schuldner ein selbst wohlhabender Mann ist, wenn derselbe nicht die Mittel zur Zahlung seiner fälligen Schulden herbeizuschaffen vermag; sie brau-

> chen sich nicht mit dem Einwande der Vermögenssuffizienz abfinden zu lassen, wo sie Zahlung zu fordern berechtigt sind" (Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 4 Neudruck 1983 S. 292).

14 "Zahlungsunfähigkeit" im Sinne von § 102 KO wurde folgerichtig als das auf einem Mangel an Zahlungsmitteln beruhende, voraussichtlich dauernde Unvermögen des Schuldners verstanden, seine sofort zu erfüllenden Geldschulden noch im wesentlichen zu berichtigen, wenn und soweit die Gläubiger diese Forderungen "ernsthaft einforderten" (z.B. BGHZ 118, 171, 174 mit weiteren Nachweisen; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 102 Anm. 2). Hohe Anforderungen sind an dieses Merkmal allerdings nicht gestellt worden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs reichte eine einzige ernsthafte Zahlungsaufforderung aus. Dass der Gläubiger den Schuldner zur Zahlung drängte oder gar die Zwangsvollstreckung betrieb, war nicht notwendig (BGH, Urt. v. 27. April 1995 - IX ZR 147/94, WM 1995, 1113, 1114). Die Voraussetzung des "ernstlichen Einforderns" diente schließlich nur noch dem Zweck, solche Forderungen auszunehmen, die rein tatsächlich - also auch ohne rechtlichen Bindungswillen oder erkennbare Erklärung - gestundet worden waren (BGH, Urt. v. 25. September 1997 - IX ZR 231/96, WM 1997, 2134, 2135; v. 8. Oktober 1998 - IX ZR 337/97, WM 1998, 2345, 2346).

15 Der Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung wollte den allgemeinen Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit in die Insolvenzordnung übernehmen. "Im Interesse der Rechtsklarheit" wurde der Begriff der Zahlungsunfähigkeit in Absatz 2 Satz 1 des § 17 InsO jedoch gesetzlich umschrieben. Wörtlich heißt es weiter: "Dabei wird die Definition zugrunde gelegt, die sich in Rechtsprechung und Literatur für die Zahlungsunfähigkeit durchgesetzt hat" (BT-Drucks. 12/2443, S. 114). Aus der weiteren Begründung ergibt sich, dass der Entwurf auf die Merkmale der "Dauer" und der "Wesentlichkeit" bewusst ver-

zichtet hat. Dass eine nur vorübergehende Zahlungsstockung keine Zahlungsunfähigkeit begründe, verstehe sich von selbst; eine "andauernde" Unfähigkeit zur Erfüllung der Zahlungspflichten zu verlangen, sei untunlich, weil dadurch der Begriff der Zahlungsunfähigkeit zu sehr eingeengt werden könne, was wiederum das Ziel einer rechtzeitigen Verfahrenseröffnung erheblich gefährde (BT-Drucks. 12/2443, S. 114; vgl. auch BGHZ 163, 134, 137 f).

16 Damit, dass die jeweilige Forderung nach der bis dahin ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung auch "ernstlich eingefordert" werden musste, befasst sich die Begründung des Regierungsentwurfs mit keinem Wort. In der Kommentarliteratur wird aus dem Schweigen des Gesetzes und der Begründung ganz überwiegend der Schluss gezogen, dieses Merkmal sei entfallen, so dass jetzt nur noch die Frage der Fälligkeit im Sinne von § 271 BGB zu prüfen sei (vgl. etwa Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 17 Rn. 8; MünchKomm-InsO/Eilenberger, § 17 Rn. 7; Jaeger/Henckel/Müller, InsO § 17 Rn. 7 ff, 9; Kübler/Prütting/Pape, InsO § 17 Rn. 5 f; Braun/Kind, InsO 2. Aufl. § 17 Rn. 6, 15 ff; HambK-InsO/Schröder, § 17 Rn. 8).

17 Angesichts der erklärten Absicht der Begründung des Regierungsentwurfs, an der überkommenen Definition des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit festzuhalten, ist dieser Schluss nicht zwingend (Kirchhof, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung 2. Aufl. S. 288 Rn. 11). Sinn und Zweck des § 17 InsO verlangen vielmehr, an dem Erfordernis des "ernsthaften Einforderns" als Voraussetzung einer die Zahlungsunfähigkeit begründenden oder zu dieser beitragenden Forderung festzuhalten. Von der Fälligkeit einer Forderung im Sinne des § 271 Abs. 1 BGB darf nicht schematisch auf die Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 17 InsO geschlossen werden. Vielmehr kann im Einzelfall zu prüfen sein, ob eine nach § 271 Abs. 1 BGB fällige Forderung, die der Schuldner nicht erfüllt,

den Schluss auf eine Zahlungsunfähigkeit zulässt. Nach wie vor ist nicht zu verlangen, dass ein Gläubiger ein Zahlungsverlangen regelmäßig oder auch nur ein einziges Mal wiederholt, um sicherzustellen, dass seine Forderung bei der Prüfung der Eröffnungsvoraussetzungen Berücksichtigung findet. Der Zweck der Vorschrift des § 17 InsO, den richtigen Zeitpunkt für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu finden, gebietet die Berücksichtigung auch solcher Gläubiger, die den Schuldner zur Zahlung aufgefordert, dann aber weitere Bemühungen eingestellt haben, ohne ihr Einverständnis damit zum Ausdruck zu bringen, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit vorerst nicht erfüllt. Die Forderung eines Gläubigers, der in eine spätere oder nachrangige Befriedigung eingewilligt hat, darf hingegen nicht berücksichtigt werden, auch wenn keine rechtlich bindende Vereinbarung getroffen worden ist oder die Vereinbarung nur auf die Einrede des Schuldners berücksichtigt würde und vom Gläubiger einseitig aufgekündigt werden könnte.

18 Regelmäßig ist eine Forderung also dann im Sinne von § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt. Dies ist grundsätzlich schon bei Übersendung einer Rechnung zu bejahen. Das Insolvenzgericht hat im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht (§ 5 Abs. 1 InsO) jedoch Tatsachenbehauptungen des Schuldners oder anderen Anhaltspunkten nachzugehen, die konkret als möglich erscheinen lassen, dass der Gläubiger sich dem Schuldner gegenüber mit einer nachrangigen Befriedigung unter - sei es auch zeitweiligem - Verzicht auf staatlichen Zwang einverstanden erklärt hat (vgl. BGH, Urt. v. 8. Oktober 1998, aaO).

19 (3) Ob die Steuerberaterin zunächst Rechnungen gestellt oder in anderer Weise zum Ausdruck gebracht hat, dass sie alsbaldige Zahlungen des Schuldners erwartete, hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt. War das der Fall, waren die Honorarforderungen ernstlich eingefordert und damit im Sinne von § 17 Abs. 2 InsO fällig gestellt. Eine gleichwohl getroffene Vereinbarung zwischen der Steuerberaterin und dem Schuldner darüber, dass die Forderung im Rahmen der finanziellen Möglichkeiten des Schuldners beglichen werden könne, dürfte dann zwar an der Fälligkeit der Forderung im Sinne von § 271 BGB nichts geändert haben. Die Forderungsgläubigerin hatte damit jedoch zum Ausdruck gebracht, dass sie weder eine bevorrechtigte Befriedigung im Rahmen des vollstreckungsrechtlichen Prioritätsprinzips noch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners anstrebte, sondern je nach den finanziellen Möglichkeiten des Schuldners mit einer nachrangigen Befriedigung einverstanden war. Eine derartige Forderung kann nicht zur Begründung einer Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 17 Abs. 1 InsO herangezogen werden.

20 bb) Die Forderung "S. / Sch. " in Höhe von 8.679,38 Euro hat der weitere Beteiligte der betriebswirtschaftlichen Auswertung für den Monat September 2006 entnommen; Einzelheiten hätten sich nicht feststellen lassen. Der Schuldner hat erwidert, die Geschäftsverbindung zu den Damen S. und Sch. - frühere Pächterinnen der Filiale A. in L. - sei seit mehr als fünf Jahren beendet, so dass jegliche Forderungen verjährt seien. Das Beschwerdegericht hat nicht begründet, warum es gleichwohl eine rechtlich durchsetzbare Forderung angenommen hat.

21 cc) Der Anspruch "sonstige Mieten" in Höhe von 142.418,30 Euro war im Zeitpunkt der Eröffnung ebenfalls kein im Sinne von § 17 Abs. 2 InsO fälliger Anspruch.

22 (1) Der weitere Beteiligte hat auch diesen Anspruch der betriebswirtschaftlichen Auswertung für den Monat September 2006 entnommen. Drei der vier Filialen seien in Objekten betrieben worden, welche im Eigentum der Ehefrau des Schuldners oder der Eheleute stünden. Es seien Mietzahlungen vereinbart gewesen. Die Mieten seien jedoch über einen längeren Zeitraum hinweg nicht gezahlt worden. Der Schuldner hat dazu erklärt, seine Ehefrau habe die Mietforderungen "aus steuerlichen Gründen gestundet". Bei ihm, dem Schuldner, sei ein Verlustvortrag entstanden. Die Mieten hätten jedoch nicht gezahlt werden sollen, um zu versteuernde Einnahmen der Ehefrau zu vermeiden. Der Verlustvortrag werde allenfalls im Rahmen der Freibeträge aufgelöst werden. Das Beschwerdegericht hat diesen Vortrag für unerheblich gehalten, weil die steuerliche Handhabung nichts an den Schulden als solchen geändert habe. Ein Verzicht sei aus steuerlichen Gründen gerade nicht gewollt gewesen. Eine ernstgemeinte Stundungsvereinbarung sei gleichfalls nicht vorgelegt worden.

23 (2) Diese Begründung hält einer rechtlichen Überprüfung ebenfalls nicht stand. Eine Stundungsvereinbarung kann auch formfrei getroffen werden. Bestand zwischen den Parteien des Mietvertrages (oder der Mietverträge) Einigkeit darüber, dass Mietforderungen entstehen, aber nicht beglichen werden sollten, handelt es sich nicht um fällige Forderungen im Sinne von § 17 Abs. 2 InsO. Die Forderungsgläubigerin hat - wenn es die behauptete Vereinbarung gegeben hat - nicht nur von einer zwangsweisen Durchsetzung ihrer Forderungen abgesehen. Die Forderungen sollten vielmehr nicht nur nicht fällig, sondern sogar - wegen der mit der Erzielung von Einnahmen aus Vermietung und Ver-

pachtung verbundenen steuerlichen Folgen - nur nach Absprache erfüllbar sein. Ob die behauptete steuerliche Handhabung korrekt ist, ist für die Frage der Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 17 InsO unerheblich.

24 dd) Die als "Gehälter Oktober anteilig" bezeichnete Forderung in Höhe von 6.500 Euro war schon nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln nicht fällig (§ 271 Abs. 1 BGB). Gemäß § 614 BGB ist die Vergütung nach Leistung der Dienste zu entrichten. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so hat der Arbeitgeber sie nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu zahlen. Abweichende Vereinbarungen zwischen dem Schuldner und seinen Angestellten hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt.

25 ee) Schließlich war auch der von Frau H. gewährte Kredit über 48.000 Euro nicht im Sinne von § 17 InsO fällig.

26 (1) Frau H. hatte dem Schuldner einen Betrag von 48.000 Euro zur Begleichung der Steuerschulden zur Verfügung gestellt, welche Grundlage des Insolvenzantrags des Finanzamts Hannover-Land II gewesen waren. Der Schuldner hat dazu vorgetragen, der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens sei bis zur Veräußerung der Immobilie A. 2 in L. gestundet worden. Das Beschwerdegericht hat dieses Vorbringen für unerheblich gehalten, weil keine ausdrückliche Stundungsvereinbarung vorgelegt worden sei und der Schuldner sich zudem nicht, "die notwendige Liquidität ... durch die sukzessive Verwertung von Vermögensteilen verschaffen und die Insolvenz zum Nachteil der Gläubiger so lange hinauszögern" könne, "bis ein Insolvenzantrag wegen Masselosigkeit abgewiesen werden müsste".

27 (2) War die Darlehensgeberin, wie der Schuldner behauptet, mit einer Rückzahlung des Darlehens erst nach Veräußerung der Immobilie einverstanden, war die Forderung schon nach allgemeinen Grundsätzen (§ 271 BGB) nicht fällig. Die weiteren Ausführungen des Beschwerdegerichts dazu, dass ein Schuldner zur Verwertung von Vermögensgegenständen und zur Begleichung von Forderungen nicht berechtigt sei, sind offensichtlich verfehlt. Ziel der Insolvenzordnung ist zwar auch, die Zahl der masselosen Insolvenzen zu verringern und mehr Verfahren zu eröffnen (vgl. etwa BT-Drucks. 12/2443, S. 84 ff). Kreditaufnahmen sind als Mittel zur Begleichung von Schulden jedoch allgemein anerkannt. Ebenso hat der Schuldner das Recht, eine Immobilie zu verkaufen, um damit einen Kredit abzulösen.

28 c) Allerdings betrugen die liquiden Mittel im Zeitpunkt der Eröffnung auch nur 27.680,39 Euro, nicht, wie das Beschwerdegericht angenommen hat, 34.581,39 Euro.

29 aa) Fällige Zahlungspflichten (§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO) können nur mit Geld oder anderen üblichen Zahlungsmitteln erfüllt werden. Grundsätzlich sind in die zur Prüfung der Voraussetzungen des § 17 InsO zu erstellende Liquiditätsbilanz (vgl. BGH, Urt. v. 12. Oktober 2006 - IX ZR 228/03, WM 2006, 2312, 2314) daher nur die aktuell verfügbaren liquiden Mittel und die kurzfristig verwertbaren Vermögensbestandteile aufzunehmen, im vorliegenden Fall also das Bankguthaben, der Kassenbestand, der PKW und die monatlich zu erwartenden Zahlungen. Die Geschäftseinrichtung mag für die Frage des Vorhandenseins einer die Kosten des Insolvenzverfahrens deckenden Masse (§ 26 Abs. 1 InsO) von Bedeutung sein. Für die Frage der Zahlungsfähigkeit des Schuldners spielt sie hingegen zunächst keine Rolle. Die nach einer Eröffnung zu erwartenden Ansprüche aus anfechtbaren Rechtshandlungen dürfen im Rahmen des

§ 17 InsO unter keinem denkbaren Gesichtspunkt berücksichtigt werden (vgl. BGH, Beschl. v. 27. Juli 2006 - IX ZB 204/04, NZI 2006, 693, 694, z.V.b. in BGHZ 169, 17).

30 d) Im Zeitpunkt der Eröffnung standen damit Verbindlichkeiten von 46.311,02 Euro liquide Mittel von nur 27.680,39 Euro gegenüber. Die Unterdeckung betrug damit 40 %. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dann, wenn eine Liquiditätslücke von 10 % oder mehr besteht, regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auszugehen (BGHZ 163, 132, 145; BGH, Urt. v. 12. Oktober 2006, aaO). Das gilt nur dann nicht, wenn ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke zwar erst mehr als drei Wochen später, aber in absehbarer Zeit vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist (BGHZ 163, 134, 145 f; BGH, Urt. v. 12. Oktober 2006, aaO). Im Zusammenhang mit einem Gläubigerantrag (§ 14 InsO) muss sich der Schuldner auf diese Umstände berufen, und das Insolvenzgericht hat im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht (§ 5 InsO) zu prüfen, ob sich ein solcher Ausnahmefall feststellen lässt (BGHZ 163, 134, 145).

31 Im vorliegenden Fall hat der Schuldner mehrfach auf vorhandenes Grundvermögen hingewiesen, insbesondere darauf, dass die in seinem alleinigen Eigentum stehende Immobilie I. , L. , kurzfristig zu einem Kaufpreis von 42.000 Euro an den Elektromeister B. veräußert werden könne. Schon dieser Betrag könnte die vorhandene Liquiditätslücke decken. Mit diesem Vorbringen hat sich das Beschwerdegericht nicht näher befasst. Es hat sich mit dem Hinweis begnügt, es sei nicht feststellbar, ob und zu welchem Preis der Grundbesitz veräußert werden könne. Das reichte

schon deshalb nicht aus, weil der Schuldner eine konkrete Verkaufsmöglichkeit zu einem bestimmten Preis dargelegt hatte. Selbst der weitere Beteiligte war in seinem Gutachten - unter Berücksichtigung einer Belastung zugunsten des Finanzamts, die aber nach Begleichung der Steuerverbindlichkeiten nicht mehr bestehen dürfte - von einem Grundstückswert von 30.000 Euro ausgegangen. Das weitere Immobilienvermögen des Schuldners wurde dabei noch nicht einmal berücksichtigt.

III.

32 Der angefochtene Beschluss kann deshalb keinen Bestand haben. Die Sache ist zur erneuten Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen, das die erforderlichen Feststellungen zur Frage der Zahlungsunfähigkeit nach Maßgabe der Aufhebungsgründe zu treffen haben wird (§ 577 Abs. 4 ZPO).

IV.

33 Auf Antrag des Schuldners wird die Vollziehung des Eröffnungsbeschlusses vom 13. Oktober 2006 bis zur erneuten Entscheidung des Beschwerdegerichts ausgesetzt. Das Rechtsbeschwerdegericht kann die Vollziehung der erstinstanzlichen Entscheidung bis zur Entscheidung des Beschwerdegerichts aussetzen (§ 575 Abs. 5, § 570 Abs. 3 ZPO; vgl. BGH, Beschl. v. 27. Juli 2006, aaO S. 696). Die Aussetzung der Vollziehung eines Insolvenzeröffnungsbeschlusses kommt dann in Betracht, wenn durch dessen (weitere) Vollziehung dem Beschwerdeführer größere Nachteile drohen als den anderen Beteiligten

im Falle der Aufschiebung der vom Insolvenzgericht beschlossenen Maßnahmen und wenn das Rechtsmittel Aussicht auf Erfolg hat (BGH, Beschl. v. 27. Juli 2006, aaO). Diese Voraussetzungen sind aus den zu II 2 b und c dargestellten Gründen hier gegeben.

V.

34 Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens entspricht gemäß § 58 Abs. 3 Satz 1, Abs. 1 GKG dem Wert der Insolvenzmasse. Diesen schätzt der Senat im Hinblick auf die vom Beschwerdegericht ermittelten Aktiva und den Grundbesitz des Schuldners auf 80.000 Euro.

Dr. Gero Fischer Dr. Ganter Vill

Lohmann Dr. Detlev Fischer

Vorinstanzen:
AG Hannover, Entscheidung vom 13.10.2006 - 907 IN 731/06 -6-
LG Hannover, Entscheidung vom 16.01.2007 - 20 T 134/06 -